

**REVUE DES ETUDES MULTIDISCIPLINAIRES EN SCIENCES ECONOMIQUES ET SOCIALES****Numéro 9****Octobre – Novembre 2018**

**La nouvelle procédure de conciliation : une attractivité nouvelle
pour la prévention externe des difficultés des entreprises marocaines**

**The new conciliation procedure: a new attractiveness for the external
prevention of the difficulties of Moroccan companies**

Mr. RHALIB My Mohamed Lahbib

Docteur en droit

Enseignant Chercheur à ESCA Ecole de management – Casablanca

Résumé

La réforme opérée par la loi de 2107 n'est pas purement formelle, le législateur s'étant attaché à rendre la procédure de conciliation plus efficace et plus attractive tout en tenant compte de l'impératif prioritaire d'anticipation qui motive la loi.

L'ancien règlement amiable constituait la procédure emblématique de la prévention des difficultés des entreprises. Phase de prévention dans laquelle le législateur avait renoncé à des procédures purement judiciaires pour se tourner vers des solutions amiables qui paraissaient présenter des avantages incontestables pour le traitement des difficultés des entreprises.

Plus qu'un moratoire obtenu par un débiteur, c'est une entreprise que l'on veut sauver. C'est dans cet esprit que la loi a institué une conciliation pour faciliter l'accord du débiteur avec ses principaux créanciers, sous l'égide du président du tribunal, en présence d'un conciliateur.

Le législateur s'est efforcé de renforcer les dispositions légales applicables à la procédure de conciliation en facilitant et en sécurisant l'accord qui peut être conclu à l'issue de la procédure entre le débiteur et ses créanciers. Cette procédure combine un aspect contractuel et un cadre juridictionnel qui devrait en faire un outil de résolution des difficultés particulièrement apprécié des partenaires de l'entreprise.

Il est tout de même apparu indispensable d'accroître les effets attractifs de cette procédure, aussi bien pour le chef de l'entreprise qui est le seul à pouvoir en demander le bénéfice que pour ses créanciers qui en assureront le succès par leur participation active.

Sur ce point, la loi a également innové en améliorant la situation des cautions et en conférant aux créanciers un nouveau privilège.

Mots clés : loi 73-17, entreprises en difficultés, prévention externe, cessation des paiements, conciliation, conciliateur, privilège du new money, suspension des poursuites, cautions, accord amiable, homologation.

Abstract

The reform implemented by the law of 2107 is not purely formal, the legislator having endeavored to make the procedure of conciliation more effective and more attractive while taking into account the imperative priority of anticipation which dominates the law.

The old amicable settlement constituted the emblematic procedure for preventing business difficulties. A phase of prevention in which the legislator had given up on procedures that are purely judicial to turn towards amicable solutions which seemed to present undeniable advantages for the treatment of the difficulties of the companies.

More than a moratorium obtained by a debtor, it is a business that we want to save. It is in this spirit that the law has established a conciliation to facilitate the debtor's agreement with its principal creditors, under the auspices of the president of the court, in the presence of a conciliator.

The legislator has endeavored to strengthen the legal provisions applicable to the conciliation procedure by facilitating and securing the agreement that can be reached at the end of the procedure between the debtor and his creditors. This procedure combines a clearly stated contractual aspect and a jurisdictional framework which should make it a problem-solving tool particularly appreciated by the company's partners.

Nevertheless, it seems essential to increase the attractive effects of this procedure, both for the debtor who is the only one who can claim the benefit and for the creditors who will ensure its success by their active participation.

On this point, the law has also innovated by improving the situation of the guarantees and by giving creditors a new privilege.

Keywords: law 73-17, companies in difficulty, external prevention, cessation of payment, conciliation, conciliator, privilege of the new money, suspension of the proceedings, guarantees, amicable agreement, homologation.

Introduction

L'une des conséquences de l'objectif social du droit est sa permanente évolution, au gré des progrès socio-économique et culturel du milieu où il est appliqué. Cette réalité, qui n'exonère pas le droit des affaires, justifie, inéluctablement, la dernière intervention du législateur, réformant les dispositions applicables au droit des entreprises en difficultés.

La réforme de 2017 a remis en cause tout l'arsenal de la loi sur la prévention et traitement des difficultés des entreprises : désormais, le code de commerce marocain propose des solutions variées, adaptées à la situation des entreprises en difficulté : conciliation, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires.

Loin d'être purement techniques, un grand nombre de modifications apportées corrigent et améliorent les règles issues de l'ancienne loi, certaines d'entre elles constituent même de véritables innovations.

L'une des mesures phares de cette réforme concerne le privilège dit de l'argent frais ou du new money qui a pour but d'encourager les créanciers à privilégier la conciliation en leur donnant une priorité de paiement.

On les pousse, via cette nouvelle garantie, à apporter les concours nécessaires à la pérennité de l'entreprise en difficultés, que ce soit sous forme d'apports en trésorerie ou de fournitures de biens ou de services.

Il est évident que la confiance des partenaires dans la solvabilité de l'entreprise est nécessairement touchée par l'ouverture d'une procédure démontrant ses difficultés financières, voire son état de cessation des paiements.

L'amélioration des règles légales existantes consiste à clarifier un certain nombre d'entre elles. Sur fond de clarification, le législateur opère des modifications plus profondes, du moins en apparence.

Ces modifications reposent sur différents soucis, tels que la préoccupation de rassurer le chef d'entreprise, voire de l'encourager à s'engager dans une démarche préventive.

Les innovations d'inégale importance, apportées par la réforme, reposent sur des objectifs variés. Pour plus de clarté, elles seront présentées en commençant par les mesures relatives à l'ouverture de la procédure de conciliation (Section I), en poursuivant par celles qui concernent l'attractivité de la procédure de conciliation (Section II), enfin en terminant par celles qui touchent à l'issue de cette procédure, c'est-à-dire à l'accord lui-même et à son devenir (Section III).

Section I/ La nouvelle procédure de conciliation

Aux termes de l'article 551 de la loi n° 73-17 : « La procédure de conciliation est ouverte à toute entreprise qui, sans être en cessation de paiements, éprouve une difficulté économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise (...) ».

Comme l'ancienne procédure de règlement amiable, à laquelle elle se substitue, la conciliation, instituée par la loi n° 73-17, bénéficie aux personnes exerçant une activité commerciale.

Seront ainsi abordés, dans ce chapitre, les difficultés ouvrant droit à la procédure de conciliation (I), la saisine du président du tribunal (II), les pouvoirs d'investigation du président du tribunal (III) et la désignation du conciliateur (IV).

I/ Les difficultés ouvrant droit à la procédure de conciliation

Il est à préciser que la loi n° 73-17 n'a pas apporté de modification notable par rapport à la définition, assez vague, donnée par la loi 15-95 quant à la nature de la difficulté requise. Pire encore, la nouvelle loi a, curieusement, abandonné la difficulté juridique.

En effet, alors que dans l'article 550 de l'ancienne loi, la procédure de règlement amiable est ouverte à toute entreprise qui éprouve une difficulté **juridique**, économique ou financière (...), la nouvelle loi, dans son article 551, précise que la procédure de conciliation est ouverte à toute entreprise qui éprouve une difficulté économique ou financière (...).

De surcroît, le législateur n'a pas précisé si la difficulté doit être avérée ou prévisible, laissant, le président du tribunal, apprécier, souverainement, cette définition avec suffisamment de souplesse pour que la conciliation soit largement ouverte aux entreprises en difficulté.

C'est, certainement, dans cette optique que le législateur a abandonné, consciemment ou non, la condition envisagée, dans le mandat spécial, que la difficulté soit « de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ».

En somme, de manière plus générale, la condition légale se ramène au constat d'une incapacité de financer le cycle normal d'exploitation de l'entreprise, quelle que soit la nature des difficultés¹.

Une autre question mérite d'être posée : les difficultés doivent-elles nécessairement être susceptibles de conduire à la cessation des paiements ? Nous considérons que la réponse est triviale puisque la finalité de la conciliation est bien évidemment d'éviter le dépôt de bilan.

La grande nouveauté, en la matière, véritable petite révolution quant à la portée de la « prévention- traitement », réside, bien sûr, dans l'ouverture de la conciliation.

Cette innovation, d'un point de vue technique, doit se lire en relation avec l'article 575 de la loi n° 73-17, relatif à la définition de la cessation des paiements², et l'article 576 de la même

¹ D. Vidal, Droit des procédures collectives, Gualino, 2e éd., 2009, no 143 s.

loi, obligeant le chef d'entreprise à demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire au plus tard dans les trente jours qui suivent la cessation de paiements de l'entreprise.

II. La saisine du président du tribunal

S'agissant d'une procédure gracieuse, le président du tribunal est logiquement saisi par voie de requête du chef de l'entreprise.

Aussi, cette requête doit-elle être motivée, ce qui suppose que le chef de l'entreprise, non seulement, expose sa situation et précise la nature et la gravité des difficultés qu'il éprouve, mais aussi ses besoins de financement et les moyens de faire face à ses difficultés.

D'ailleurs, c'est ce qui se dégage de l'article 551 de la loi n° 73-17 : « La requête du chef de l'entreprise comporte un exposé sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise, les besoins de financement ainsi que les moyens d'y faire face ».

On peut, malheureusement, regretter que le législateur n'ait pas précisé les pièces qui doivent accompagner la requête. Particulièrement, celles qui permettraient une vérification de l'état (éventuel) de cessation des paiements.

On peut également déplorer que la loi n'ait pas prévu de possibilité de recours contre la décision d'ouvrir la procédure de conciliation.

A ce titre, certaines questions méritent réflexion :

- Comment protéger les droits des créanciers qui n'ont pas participé à cette décision d'ouverture³ ?
- Comment protéger les droits du chef de l'entreprise s'il n'est pas fait droit à la demande de désignation d'un conciliateur ?
- Comment protéger les droits du conciliateur s'il n'est pas fait droit à la demande de prorogation de sa mission ?

A notre avis, le législateur aurait gagné en pertinence en prévoyant une possibilité d'appel, donnée au chef de l'entreprise ou, ce qui serait un moindre mal, au ministère public et qui va permettre au président du tribunal de se rétracter ou de modifier sa décision.

III/ Les pouvoirs d'investigation du président

Le président dispose naturellement du pouvoir d'obtenir la communication des renseignements prévus par l'article 552 de la loi n° 73-17 qui dispose que « le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition législative contraire, obtenir communication, par le commissaire aux comptes, s'il en existe, les représentants des salariés, les administrations de l'Etat et les autres personnes de droit public, les établissements de crédits et les organismes assimilés, les organismes financiers ou toute autre partie, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.

² La cessation de paiement est établie dès lors que l'entreprise est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, y compris les créances résultant des engagements pris dans le cadre de l'accord amiable.

³ La Cour d'appel de Douai a jugé que la tierce opposition contre la décision de recourir à la conciliation est ouverte aux créanciers qui n'ont pas participé à cette décision d'ouverture : Douai, 27 mars 2007 : BICC 2007, no 1889.

Mais ces pouvoirs d'investigation sont renforcés, puisque le président se voit reconnaître le pouvoir de désigner un expert chargé d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise. De même que la prérogative complémentaire d'obtenir des établissements bancaires et financiers tout renseignement de nature à préciser cette situation, sans que le secret bancaire puisse lui être opposé⁴.

Là encore, le texte ne fait que reprendre l'ancien article 552 de la loi 15-95. Il aurait dû franchir le pas et prévoir que ces pouvoirs n'existent qu'après l'ouverture de la conciliation.

IV/ La désignation du conciliateur

Aux termes de l'article 553 de la loi n° 73-17 : « s'il apparaît au président du tribunal des investigations qu'il a effectuées (...) ou de l'exposé du chef d'entreprise joint à la requête d'ouverture de la procédure de conciliation, que les difficultés de l'entreprise qui sans être en cessation de paiements, peuvent être aplanies grâce à la conciliation, il ouvre cette procédure et désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas trois mois renouvelable une seule fois, à la demande de ce dernier.

S'il apparaît au président du tribunal que l'entreprise est en cessation de paiements, il renvoie l'affaire au tribunal aux fins d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire conformément aux dispositions du 2ème alinéa de l'article 578 et de l'article 651 de la loi n° 73-17 ».

Le conciliateur est donc désigné pour une période de six mois maximum (allongement de deux mois par rapport à l'ancienne loi), sur demande du conciliateur exclusivement.

Il est expressément autorisé au chef d'entreprise de proposer une personne en particulier, suggestion qui, bien entendu, ne liera nullement le président du tribunal, puisqu'aucun critère particulier n'est prévu par la loi.

Dans un souci, là encore, de transparence, la décision de prorogation doit être motivée.

Il fallait préciser, sans nuance, que, à l'expiration de la période, éventuellement prorogée, la mission du conciliateur et la procédure prennent fin de droit.

Plus fondamentalement, faut-il permettre au président du tribunal de moduler la durée totale de la mission du conciliateur en fonction de chaque situation concrète, eu égard, particulièrement, à la présence d'un nombre significatif de créanciers répartis sur le territoire national, ou alors, la procédure, doit-elle prendre fin de plein droit, comme y pousserait la lecture de l'article 553 de la loi n° 73-17 ?

En tout état de cause, il serait, quasiment, impossible de boucler tous les accords dans les délais prescrits, alors que ledit article, joue comme un « couperet » , en mettant fin de plein droit à la mission du conciliateur et à la procédure.

1/ La mission du conciliateur

La mission du conciliateur est abordée par l'article 554 de la loi n° 73-17. En effet, le président du tribunal la détermine, dont l'objet est d'aplanir les difficultés financières ou économiques, en recherchant la conclusion d'un accord avec les créanciers.

⁴ Saint- Alary- Houin, La procédure de conciliation, Rev. proc. coll. 2006. 169, no 13.

La définition de la mission du conciliateur est donc laissée à la libre appréciation du président du tribunal, avec la seule indication législative, un peu équivoque, d'une finalité : « aplanir les difficultés financières ou économiques et rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers ».

La mission du conciliateur, et dans le silence du texte, va, certainement, susciter un certain nombre d'interrogation sur le point de savoir à qui le conciliateur présente ses propositions :

- Au chef de l'entreprise ?
- A l'ensemble des parties en présence, créanciers compris ?
- Au président du tribunal ?
- Va-t-il le faire directement ? ou sous réserve de l'accord du chef de l'entreprise ?

Avec la crainte, évidemment, qu'un rôle trop actif du conciliateur aboutisse, de fait, à une sorte de dessaisissement du chef d'entreprise, ce qui remettrait alors en cause le caractère attractif de la procédure de conciliation⁵.

Notons au passage que sa vocation initiale est celle d'un « facilitateur » et il ne lui appartient donc nullement de surveiller les opérations de gestion de l'entreprise et toute immixtion s'avérera dissuasive pour le chef d'entreprise, qui verrait sa marge de manœuvre amputée, alors même qu'il n'est pas juridiquement dessaisi⁶.

2/ L'exercice de la mission

Le conciliateur agit sous le contrôle du président du tribunal, auquel il rend compte de l'état d'avancement de sa mission.

En plus des renseignements en la possession du président du tribunal, que ce dernier doit lui communiquer (Article 554 de la loi n° 73-17), le conciliateur peut obtenir du débiteur tout renseignement utile à sa mission.

Sans toutefois, semble-t-il, disposer d'un véritable droit de communication ; la coopération du débiteur sera donc indispensable⁷.

Section II/ L'attractivité de la nouvelle procédure de conciliation

Il est apparu indispensable d'accroître les effets attractifs de cette procédure, aussi bien pour le débiteur qui est le seul à pouvoir en demander le bénéfice que pour ses créanciers qui en assureront le succès par leur participation active.

Sur ce point, la loi a également innové en conférant aux créanciers un nouveau privilège et en améliorant la situation des cautions.

⁵ A. Outin- Adam et S. Bienvenu, Projet de loi de sauvegarde des entreprises : réaction de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, JCP E 2004, no 38, p. 1409.

⁶ L'interview de P. Rey, Option finances, 27 oct. 2003, p. 13.

⁷ A. Jacquemont, La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficulté et ses créanciers, Rev. proc. coll. 2004, p. 290, no 12.

Pour mieux cerner ce chapitre, seront traités, la priorité de paiement ou le privilège du new money (I), la suspension provisoire des poursuites (II), et les cautions (III).

I/ La priorité de paiement ou le privilège du new money

Cette question de la priorité sera appréciée à travers l'esprit du privilège (1) et le domaine du privilège (2).

1/ L'esprit du privilège

Afin de pousser les créanciers à financer l'effort de restructuration de l'entreprise, l'article 558 de la loi n° 73-17, a accordé une priorité de paiement aux « personnes qui avaient consenti, dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à un accord, un nouvel apport en trésorerie de l'entreprise en vue d'assurer la poursuite de son activité et sa pérennité » ainsi qu'à celles « qui fournissent, dans le même cadre, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité ».

Selon cette formule, ces personnes se verront payées pour le montant de cet apport, ou pour le prix de ce bien ou de ce service, par privilège avant toutes les autres créances, y compris celles prévues aux articles 565 (sauvegarde) et 590 (redressement) et au 2ème alinéa de l'article 652 (liquidation) de la loi n° 73-17.

Il s'agit là, bien évidemment, d'une transposition à la procédure de conciliation du privilège accordé aux créanciers de la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise.

Il en résulte que, dans l'ordre de paiement à défaut de règlement à l'échéance, les « créanciers de la procédure de conciliation » primeront les « créanciers de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires ».

Les créanciers titulaires du privilège de conciliation primeront, à la fois, les créances antérieures à la conciliation⁸, les créances postérieures à l'ouverture de la procédure collective, mais aussi les créances nées dans l'intervalle, entre l'accord de conciliation et le jugement d'ouverture.

2/ Le domaine du privilège

Ce privilège ne doit concerner que les liquidités réellement apportées et mobilisables immédiatement par l'entreprise, à l'exclusion de tout rééchelonnement ou réduction de dettes antérieures.

Pour cette raison, et afin d'ôter tout doute sur ce point, la loi a utilisé l'expression « apport en trésorerie », qui signifie bien que l'apport des créanciers visé doit être « liquide »⁹.

⁸ Y. Chaput, Une nouvelle architecture du droit français des procédures collectives, JCP 2005. I. 184, no 26.

⁹ Pour une critique de cette approche trop restrictive, compte tenu notamment de l'utilité des simples promesses de découvert, V. R. Bonhomme, La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives, Mélanges B. Bouloc, Dalloz, 2006, p. 59, no 7.

Et, afin de renforcer encore cette volonté de ne privilégier que « l'argent frais », le texte prend soin d'interdire expressément aux signataires de l'accord de bénéficier directement ou indirectement du privilège au titre de leurs « concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation ».

L'explication de cette précision, qui peut sembler redondante, est « d'éviter qu'un créancier antérieur puisse obtenir le remboursement d'une dette antérieure pour allouer un « vrai faux » nouveau concours similaire mais à des conditions plus onéreuses » (ce qui viserait le « refinancement » ou le « recyclage de dettes »)¹⁰.

Quoi qu'il en soit, seul l'apport nouveau est privilégié, non l'ensemble de la créance. En revanche, l'augmentation du montant d'un découvert d'un compte préexistant à l'ouverture de la conciliation devrait profiter du privilège, dès lors qu'il s'agit bien d'argent frais¹¹.

L'apport en trésorerie doit donc avoir pour finalité « la poursuite d'activité » ; sous cette condition fondamentale, le privilège n'est nullement réservé aux établissements de crédit ; et il joue pareillement quelles que soient la cause de l'opération – à titre onéreux ou à titre gratuit – ou ses modalités : court terme, moyen terme, etc¹².

Ce privilège, comme le précise expressément l'article 558, alinéa 3, ne saurait profiter aux apports consentis par les actionnaires et associés de la société débitrice dans le cadre d'une augmentation de capital, qui ne s'analyse pas juridiquement comme un prêt. Ce dont il faudrait déduire, a contrario, qu'en bénéficient les apports financiers réalisés par un actionnaire sur son compte courant correspondant bien à de l'argent frais¹³.

L'autre finalité imposée par la loi (assurer la « pérennité » de l'entreprise), conçue littéralement comme une condition cumulative avec la première, soulève aussi des questions. Comment juger de la pérennité sans aucun recul, cette notion supposant, sinon que l'entreprise dure toujours, du moins qu'elle dure très longtemps ? Certes, la loi demande seulement que la pérennité de l'entreprise ait animé le dispensateur de crédit. Quant aux fournisseurs, il convient de préciser que le privilège leur est accordé indépendamment de tout octroi de délai ou de facilités de paiement au débiteur, dès lors que les nouveaux biens ou services sont destinés à assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité¹⁴.

¹⁰ Précaution législative qui ne paraît cependant pas susceptible de priver du privilège un nouveau créancier qui aurait avancé au débiteur les fonds nécessaires pour éteindre, sans subrogation, une créance antérieure (Ph. Pétel, Le nouveau droit des entreprises en difficulté, JCP E 2005, no 42, p. 1730, spéc. no 77).

¹¹ Interprétation au demeurant renforcée par la position de la Cour de cassation Française, selon laquelle l'ouverture de crédit constitue une promesse de prêt donnant naissance à un prêt à concurrence des fonds utilisés par le client (Com. 21 janv. 2004 : D. 2004. 1149, note Jamin ; P.- M. Le Corre, Le privilège de conciliation, Gaz. Pal. 7- 8 sept. 2005, p. 50, spéc. p. 53).

¹² A. Jacquemont, La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficulté et ses créanciers, Rev. proc. coll. 2004, p. 290, no 16 ; à l'exclusion, toutefois, selon cet auteur, des crédits servant à financer les investissements : A. Jacquemont, J.- Cl. com., fasc. 2030, no 35.

¹³ P.- M. Le Corre, Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, D. 2005. Chron. 2297, no 62.

¹⁴ *ibid.*

II/ La suspension provisoire des poursuites

Aux termes de l'article 555 de la loi n° 73-17, si le conciliateur estime qu'une suspension provisoire des poursuites serait de nature à faciliter la conclusion de l'accord, il saisit le président du tribunal.

Après avoir recueilli l'avis des principaux créanciers, ce dernier peut rendre une ordonnance fixant la suspension pour une durée n'excédant pas le terme de la mission du conciliateur.

Cette ordonnance suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement à ladite décision et tendant:

- 1) à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;
- 2) à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

Elle arrête ou interdit également toute mesure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles.

Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont, en conséquence, suspendus.

Sauf autorisation du président du tribunal, l'ordonnance qui prononce la suspension provisoire des poursuites interdit au débiteur, à peine de nullité, de payer, en tout ou partie, une créance quelconque née antérieurement à cette décision, ou de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement, ainsi que de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale de l'entreprise ou de consentir une hypothèque ou nantissement. Cette interdiction de payer ne s'applique pas aux créances résultant du contrat de travail.

Il s'agit là, malheureusement, d'une erreur monumentale commise par le législateur Marocain : celle de donner au président du tribunal le pouvoir de prononcer, sur la demande du conciliateur, la suspension provisoire des poursuites afin de faciliter la conclusion d'un accord avec les créanciers.

En effet, cette faculté ne cadre pas avec la coloration « contractuelle » donnée à la conciliation, qui suppose une certaine « déjudiciarisation » de la procédure.

En outre, la suspension devrait, de facto, être accordée par les créanciers dès lors qu'ils acceptent la conciliation.

III/ Les cautions

La nouvelle loi a apporté une modification au régime antérieur, correspondant à une extension. En effet, et toujours dans le souci de rendre la conciliation encore plus attractive, le texte nouveau, par une formulation générique¹⁵, couvre désormais toutes les cautions ; en revanche, il n'est pas discutable que les associés répondant indéfiniment des dettes sociales ne sauraient en bénéficier¹⁶.

¹⁵ N. Borga, L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés, Dalloz, 2009, nos 367 et 425.

¹⁶ P.- M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2015/ 2016, 144.44.

En effet, aux termes de l'article 559 de la loi n° 73-17, les cautions, solidaires ou non, ayant garantis la créance incluse dans l'accord peuvent se prévaloir de la suspension provisoire des actions et procédures.

Notons que l'obligation de confidentialité risque de créer un problème s'agissant de l'information des cautions : le créancier doit-il informer les cautions sur la base des sommes réellement dues par le débiteur, du fait des remises consenties¹⁷ ?

Section III/ La conclusion de l'accord amiable

Il est trivial de rappeler que la finalité de la conciliation est de conclure un accord amiable. Seront donc abordés, dans ce chapitre, l'homologation de l'accord (I), les effets de l'accord (II) et la résolution de l'accord (III).

I/ L'homologation de l'accord

Aux termes de l'article 556 de la loi 73-17, « Lorsqu'un accord est conclu avec tous les créanciers, il est homologué par le président du tribunal et déposé au greffe ».

A ce titre une question mérite d'être posée : quelle est la force juridique de cet accord ? a-t-il le caractère exécutoire par l'ordonnance, par analogie avec le régime de la transaction de l'article 1098 du D.O.C. ?

Nous pouvons penser que le créancier se verra dispensé, en cas d'inexécution de l'accord, de saisir le tribunal pour faire constater celle-ci ; et, symétriquement, si besoin, le chef d'entreprise aura les moyens de faire exécuter l'accord, par exemple les promesses de financements¹⁸.

Relativement à la question de la cessation de paiement : qui va-t-on responsabiliser ? le président qui constate que l'entreprise n'est pas en cessation de paiement ou bien le chef d'entreprise qui atteste qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord ?

La question mérite d'être posée au regard du risque des nullités obligatoires ou facultatives de la période suspecte, s'il s'avérait ultérieurement que l'entreprise était en cessation des paiements lors de la signature de l'accord.

Il est à noter que le texte n'oblige pas le président du tribunal à entendre le conciliateur, ce dont on a pu s'étonner¹⁹.

¹⁷ Selon le professeur Pierre- Michel Le Corre, répondre positivement consacrerait la déloyauté du créancier à l'égard des cautions (par hypothèse, non appelées à la conciliation) qui peuvent bénéficier de la conciliation homologuée et notamment des remises accordées dans l'accord de conciliation.

Pour le même auteur, par ailleurs, il ne devrait pas être possible de faire renoncer les cautions au bénéfice de l'accord de conciliation.

¹⁸ P.- M. Le Corre, Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, D. 2005. Chron. 2297, no 59.

¹⁹ G. Teboul, Petit bréviaire de la loi sur la sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique, LPA 19 oct. 2005, p. 3, spéc. p. 6.

Compte tenu du caractère confidentiel de l'accord ainsi que du fait que cette procédure n'emporte pas d'effet au regard des droits des tiers mais rend seulement l'accord exécutoire pour les parties, aucune voie de recours n'est ouverte²⁰.

Par référence au droit commun, l'inexécution de l'accord devrait permettre à tout intéressé d'en demander la résolution, et, en cas de cessation des paiements, un redressement ou une liquidation judiciaire peuvent être ouverts.

En pratique, le choix de la constatation de l'accord paraît surtout adapté aux conciliations concernant peu de créanciers, dans lesquelles n'ont pas été consentis de nouveaux concours susceptibles de bénéficier du privilège de conciliation prévu par l'article 558 de la loi n° 73-17.

Il semblerait aussi que les réticences proviennent également de la volonté de certains créanciers titulaires de sûretés (des banquiers) de ne pas voir leurs créances primées par le privilège de conciliation en cas de procédure collective subséquente²¹.

1/ Les conditions relatives à l'homologation de l'accord

L'homologation relève de la compétence du président du tribunal, qui s'est vu ainsi confier, selon l'expression d'un auteur, une véritable « magistrature économique »²².

Le président est l'interlocuteur du conciliateur durant le cours de la procédure. C'est à lui, notamment, qu'il doit rendre compte de l'état d'avancement de sa mission et peut formuler toutes observations utiles sur les diligences du chef de l'entreprise.

Il est à rappeler que la loi 73-17 n'a pas posé de critères précis devant guider le président dans sa décision.

Mais le bon sens nous pousse à imaginer trois conditions qui, appliquées à la lettre, risquent d'aboutir à beaucoup de décisions de refus.

1.1/ L'absence de cessation des paiements

Au moment où le président du tribunal statue l'entreprise ne doit pas se trouver en état de cessation des paiements. C'est là, une condition sine qua non.

Le débiteur, qui éprouve une des difficultés visées par l'article 551 de la loi n° 73-17, ne doit pas être en cessation des paiements lors de l'ouverture de la procédure et, logiquement, il suffira qu'il ne le soit pas devenu en cours de mission du conciliateur.

1.2/ La pérennité de l'activité de l'entreprise

²⁰ O. Staes, Aspects procéduraux de la réforme des difficultés des entreprises, Dr. et patr. mars 2006, p. 60, spéc. p. 68.

²¹ P. Roussel Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté, Litec, 2e éd., 2007, no 241.

²² A. Jacquemont, La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficulté et ses créanciers, Rev. proc. coll. 2004. 290, no 24.

L'accord ne saurait se limiter à un simple moratoire juste suffisant à faire retarder l'état de cessation des paiements. Autrement dit, la conciliation n'a pas vocation à permettre au débiteur de cacher une partie substantielle de ses dettes afin de mieux pouvoir céder ensuite l'entreprise²³.

1.3/ Le respect des intérêts des créanciers non signataires

Vouloir sauver une entreprise en difficultés est une excellente chose, mais il faut aussi penser aux intérêts des créanciers, plus précisément ceux des créanciers non parties à l'accord, puisque les autres sont censés avoir signé l'accord en connaissance de cause des sacrifices consentis.

Là encore, le pouvoir d'appréciation du président du tribunal est important. Cela rappelé, du moins théoriquement, les créanciers récalcitrants ne devraient pas être lésés. Ils doivent conserver leur droit de poursuite individuelle pour recouvrer leurs créances échues, aussi bien en cours de procédure qu'une fois l'accord, auxquels ils ne sont pas parties, signé.

Plus fondamentalement peut-être, le dispositif recèle une contradiction : comment pourrait-il ne pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non signataires alors qu'il repose en bonne partie sur l'institution d'un nouveau privilège, susceptible de vider, en tout ou partie, de leur substance les privilèges accordés à tous les autres créanciers non parties à l'accord amiable, que leur créance apparaisse antérieure ou postérieure à une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires, en cas d'échec de cet accord amiable homologué ?²⁴

On peut aussi regretter que, contrairement au chapitre 11 du droit fédéral américain qui organise les créanciers en quatre « comités des créanciers », la loi Marocaine, comme la Française, avec laquelle le parallèle a toujours été fait, à cet égard, continue de reposer sur l'unanimité des créanciers signataires. Ce qui signifie que le président du tribunal ne peut imposer, en phase amiable, un accord à tous les créanciers se trouvant dans une situation similaire.

2/ La décision d'homologation

Lorsqu'un accord est conclu avec tous les créanciers, il est homologué par le président du tribunal et déposé au greffe²⁵.

Si un accord est conclu avec les principaux créanciers, le président du tribunal peut également l'homologuer et accorder au débiteur les délais de paiement prévus par les textes en vigueur pour les créances non incluses dans l'accord.

Dans ce cas, les créanciers non inclus dans l'accord et concernés par les nouveaux délais doivent en être informés.

²³ P.- M. Le Corre, La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant- projet de réforme des entreprises en difficulté, Gaz. Pal. 10- 11 déc. 2003, p. 25, 2e partie, no 5.

²⁴ P. Sardet et J.- P. Beauchamp, Réforme des faillites ou le privilège de la ré- Conciliation..., Rev. proc. coll. 2004. 25.

²⁵ La décision d'homologation est supposée être contradictoire.

Donc avant de statuer, le tribunal doit obligatoirement entendre le débiteur, les créanciers parties à l'accord.

La décision demeure cependant de nature gracieuse, faute de contentieux, ce qui devrait la priver de l'autorité de la chose jugée²⁶.

3/ La portée de l'homologation

En principe l'homologation devrait mettre fin à la procédure de conciliation et afin de sécuriser les créanciers signataires de l'accord (et surtout les autres), la loi devrait interdire au tribunal, en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective, de faire remonter la période suspecte « à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable, sauf en cas de fraude ».

Ce faisant, la loi conférerait l'autorité de la chose jugée au jugement d'homologation quant à la date de cessation des paiements.

Quid de l'absence d'homologation ? A notre avis l'absence d'homologation ne prive pas l'accord de son efficacité. Comme tout contrat, les parties sont liées par leur engagement, en vertu de l'article 230 du D.O.C.

Mais, à ce sujet, on est en droit de se demander si le refus d'homologation après accord crée, à lui seul, ne serait pas un état de cessation des paiements.

4/ La publicité de l'accord et voies de recours

La loi prévoit que l'accord homologué, ce qui est plus protecteur du débiteur, mais critiquable au nom des principes de sécurité et de transparence des affaires²⁷, doit être déposé au greffe.

Mais, curieusement, et contre l'esprit du dépôt de l'accord au greffe, supposé permettre à tout intéressé d'en prendre connaissance, la loi ne donne ce droit qu'aux parties signataires.

On voit mal comment rendre opposable un accord homologué sans publicité. Il est évident que, via cette mesure, le législateur ne souhaite pas anéantir la confidentialité, associée à la conciliation.

On peut aussi s'étonner que, sur le terrain glissant que constituent les voies de recours, le législateur n'ait pas précisé les cas ni les personnes ayant qualité pour exercer ces recours.

II/ Les effets de l'accord

L'accord suspend (mais, curieusement n'interdit pas) toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet.

²⁶ P.- M. Le Corre, La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant- projet de réforme des entreprises en difficulté, Gaz. Pal. 10- 11 déc. 2003, p. 25, 2e partie, no 6.

²⁷ P.- M. Le Corre, Du privilège occulte de la conciliation, Gaz. Pal. 12- 13 oct. 2012, p. 3.

Quant à l'effet sur les délais impartis aux créanciers parties à l'accord, l'article 559 de la loi n° 73-17 les suspend, c'est-à-dire qu'ils recommenceraient à courir après, compte tenu du temps déjà écoulé avant) et ne les interrompt pas (il ne serait pas tenu compte du temps déjà écoulé) ; ainsi le législateur aurait évité que les intérêts échus des créances objets de l'accord qui ne peuvent être recouvrées pendant la durée de l'exécution de celui-ci ne produisent pas eux-mêmes des intérêts.

III/ La résolution de l'accord

Aux termes de l'article 559 de la loi n° 73-17, en cas d'inexécution des engagements résultant de l'accord, le président du tribunal constate par ordonnance non susceptible d'aucun recours la résolution de l'accord ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé. Il renvoie l'affaire devant le tribunal aux fins d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

On peut observer que le choix par le législateur de la résiliation, plutôt que de la résolution, serait peut-être plus opportun, en ce sens que l'absence d'effet rétroactif aurait évité de « reconstituer » rétrospectivement la cessation des paiements, sécurisant ainsi, dès la recherche d'un plan de sauvetage, la situation du chef d'entreprise²⁸.

Mais il serait sans doute plus sage de considérer que la résolution n'atteint que les effets de l'homologation pour l'avenir, et que le constat par le tribunal d'une absence de cessation des paiements empêche la fixation d'une date de cessation des paiements antérieure²⁹.

Conclusion

Il apparaît ainsi que des améliorations ont bien été apportées aux mesures relatives à la prévention des difficultés des entreprises, mais que ces améliorations ne sont pas complètes, toutes les interrogations n'ayant pas été levées, ce qui est le risque que comporte toute intervention législative.

Mais, espérons que cette réforme ait donné un nouvel élan à la conciliation (dont la durée, limitée, est assez courte), qui peut servir à (mieux) préparer la sauvegarde dont la réussite suppose une anticipation des réactions possibles des créanciers.

²⁸ S. Giulj, Du redressement amiable prolongé au redressement judiciaire anticipé, JCPE 2003, no 51- 52, p. 2029.

²⁹ M. Jeantin et P. Le Cannu, Droit commercial, Entreprises en difficulté, 2006, no 584.

Bibliographie

- R. Bonhomme, La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives, Mélanges B. Bouloc, Dalloz, 2006, p. 59, no 7.
- N. Borga, L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés, Dalloz, 2009, nos 367 et 425.
- Y. Chaput, Une nouvelle architecture du droit français des procédures collectives, JCP 2005. I. 184, no 26.
- S. Giulj, Du redressement amiable prolongé au redressement judiciaire anticipé, JCPE 2003, no 51-52, p. 2029.
- Saint- Alary- Houin, La procédure de conciliation, Rev. proc. coll. 2006. 169, no 13.
- A. Jacquemont, La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficulté et ses créanciers, Rev. proc. coll. 2004, p. 290, no 12.
- M. Jeantin et P. Le Canu, Droit commercial, Entreprises en difficulté, 2006, no 584.
- P.- M. Le Corre, Le privilège de conciliation, Gaz. Pal. 7- 8 sept. 2005, p. 50, spéc. p. 53.
- P.- M. Le Corre, Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, D. 2005. Chron. 2297, no 62.
- P.- M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2015/ 2016, 144.44.
- P.- M. Le Corre, La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant- projet de réforme des entreprises en difficulté, Gaz. Pal. 10- 11 déc. 2003, p. 25, 2e partie, no 5.
- P.- M. Le Corre, Du privilège occulte de la conciliation, Gaz. Pal. 12- 13 oct. 2012, p. 3.
- A. Outin- Adam et S. Bienvenu, Projet de loi de sauvegarde des entreprises : réaction de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, JCP E 2004, no 38, p. 1409.
- Ph. Pétel, Le nouveau droit des entreprises en difficulté, JCP E 2005, no 42, p. 1730, spéc. no 77.
- P. Roussel Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté, Litec, 2e éd., 2007, no 241.
- P. Sardet et J.- P. Beauchamp, Réforme des faillites ou le privilège de la ré- Conciliation..., Rev. proc. coll. 2004. 25.
- O. Staes, Aspects procéduraux de la réforme des difficultés des entreprises, Dr. et patr. mars 2006, p. 60, spéc. p. 68.
- G. Teboul, Petit bréviaire de la loi sur la sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique, LPA 19 oct. 2005, p. 3, spéc. p. 6.
- D. Vidal, Droit des procédures collectives, Gualino, 2e éd., 2009, no 143 s.